



AVM FACULDADE INTEGRADA

PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

JOSÉ BATISTA DE MELO FILHO

**A COLABORAÇÃO PREMIADA: estudo acerca de seu
valor como prova no processo penal**

Brasília – DF

2016

JOSÉ BATISTA DE MELO FILHO

**A COLABORAÇÃO PREMIADA: estudo acerca de seu
valor como prova no processo penal**

Monografia apresentada à AVM Faculdade Integrada como exigência parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal.

Nome do Orientador: Ricardo Freire Vasconcellos

Brasília – DF

2016

Dedicatória

Dedico este trabalho a Deus, aos meus pais José Batista de Melo e Isabel de Souza Melo, à minha esposa Liliane e ao meu filho Leonardo, pelo imensurável apoio que me deram. Aos pais sou grato pelos ensinamentos para a vida toda e a família pela paciência e compreensão ao dividir comigo as angústias deste laborioso trabalho.

Resumo

O presente trabalho tem como meta analisar as vicissitudes da delação premiada no processo penal brasileiro, forma especial de investigação criminal que inclui a cooperação de coautor ou partícipe do crime, objetivando desvendá-lo em sua inteireza, inclusive com a informação da identidade dos demais integrantes do concurso criminoso. Assim, busca-se examinar o valor probatório das declarações do colaborador, principalmente por envolver consectários éticos de axiologia duvidosa, como são os prêmios ofertados ao delinquente dedo-duro. Perpassa o entendimento acerca do instituto, sua utilização, a incidência em outras leis penais, a previsão legal de renúncia ao direito de permanecer calado, bem como demonstra as teses dos doutos favoráveis e contrários à colaboração premiada. A monografia busca averiguar as correntes doutrinárias sobre o tema e sua relação com a formação probatória, envereda pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal para compreender a prática processual atinente à delação. Por fim, indica uma provável harmonização das declarações do delator não como prova irrefutável, mas como elementos de informação, nos mesmos moldes do inquérito policial, que deve ser corroborado em contraditório judicial por outras provas.

Palavras-chave: processo penal. Investigação criminal. Provas. Colaboração premiada.

ABSTRACT

This study aims to analyze the plea bargaining alternatives of winning the Brazilian criminal procedure, special form of criminal investigation which includes the cooperation of co-author or participant in the crime, aiming to unveil it in its entirety, including the identity information of the other members criminal contest. Thus, it seeks to examine the probative value of the employee's statements, mainly involve ethical consequence doubtful axiology, as are the prizes offered to the offender snich. Runs through the understanding of the institute, its use, the incidence in other criminal laws, the legal provision for waiver of the right to remain silent, and demonstrates the theses of favorable learned and contrary th the award-winning collaboration. The paper seeks to ascertain the doctrinal currents on the subject and its relation to the probative training, leans towards jurisprudence of the superior court and the supreme court to understand the procedural practice regards the tipoff. Finally, it indicates a probable harmonization of the informer's statements not as irrefutable evidence, but as pieces of information along the lines of police investigation, which must be confirmed in court contradictory by other evidence.

Keywords: criminal proceedings. Criminal investigation, evidences, plea bargaining.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	7
2. Conceitos de organização criminosa, provas e colaboração premiada	10
3. Histórico e natureza jurídica do instituto.....	13
4. A colaboração premiada e a ética.....	16
5. A delação premiada é defensável? Os dois lados da discussão	18
5.1 Argumentos contrários	18
5.2 Argumentos favoráveis	20
6. Colaboração premiada na lei 12.850/2013	22
6.1 Requisitos para os benefícios	23
6.2 Tratativas (pré-acordo), celebração e homologação da avença.....	26
6.3 Prêmios ofertados ao delator.....	28
6.4 Legitimados para formalizar o acordo	31
6.5 Direitos do colaborador.....	34
7. A colaboração pressupõe renunciar o direito ao silêncio e confessar os crimes praticados no seio da organização criminosa	36
8. Delação premiada em outras leis penais	39
9. Paralelo entre a colaboração premiada e os acordos de leniência da Lei n. 12.846/2013.....	42
10. Conclusão	45
11. Referências bibliográficas	48

1. Introdução

O processo penal é o meio à disposição do Estado na busca de punir os infratores das normas materiais no campo do direito criminal. Os objetivos primordiais deste ramo do direito público é fazer justiça, inibindo as ações dos delinquentes, principalmente aqueles que se unem em organizações criminosas, para prevenir de modo geral a prática de novos crimes. Tal prevenção é direcionada a todos e especificamente àquele sobre quem recaiu uma pena.

Com o avanço da tecnologia e dos meios de comunicação em escala global, os crimes que normalmente eram praticados por um só agente, ou por um número reduzido de partícipes, passaram a ser estruturado e hierarquizado em escala transnacional. Surgindo verdadeiras empresas para afrontar as leis penais substantivas, o que dificulta sobremaneira a repressão desses criminosos. Daí o aparecimento de técnicas especiais de investigação e de barganha entre o Estado e os denunciados.

Neste rumo, este estudo pretende analisar o instituto da delação premiada, ou como denomina a lei, colaboração premiada como meio de prova no processo penal. Forma de investigação relativamente nova na legislação brasileira, porém com muita utilização nos últimos anos. É recorrente, nos meios de comunicação, notícias acerca de prisões de suspeitos de integrar organização criminosa para forçar uma delação, ou mesmo de denunciante que depuseram incriminando comparsas, políticos e empresários dos mais variados ramos.

Também, há muitas reclamações por parte dos advogados de defesa, bem como da Ordem dos Advogados do Brasil sobre abusos e ilegalidades cometidos pelos órgãos responsáveis pela persecução penal nesse novel modelo de investigação.

A pesquisa foi feita a partir do tripé básico do direito: legislação acerca do tema, jurisprudência e posição doutrinária. Frisa-se que as correntes não são uniformes nem na jurisprudência, menos ainda na doutrina, sendo certo que as

questões atinentes à delação premiada mostram-se recorrentes na seara jurídica brasileira. Portanto, elaborou-se uma pesquisa teórica nas leis nacionais sobre o tema, na bibliografia ao final indicada, bem como nos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal na busca de situar o leitor sobre a evolução e desenvolvimento do tema.

Com as revelações emergidas do julgamento do caso denominado de “mensalão”, o número exorbitante de indiciados e denunciados na operação intitulada “lava-jato” e a publicação da Lei 12.850/2013 aumentou o uso da colaboração premiada como maneira de se chegar a um número maior de pessoas ou aos chefes das estruturas criminosas.

Assim, a comunidade jurídica aponta alguns equívocos na aplicação da lei supracitada, principalmente porque ela possui institutos de direito material e de direito processual. Deste modo, as inovações materiais, que de qualquer modo venha a prejudicar os réus, não poderiam ser empregadas de forma retroativa ao ano de 2013; por outro lado, as regras de direito adjetivo não obdecem a esse mandamento, tendo em vista o princípio do *tempus regit actum*.

Por isso, exsurge questionamentos sobre qual seria o valor probatório da delação premiada no processo penal do sistema acusatório, faria prova plena. Em acordos é comum que o investigado/denunciante renuncie ao direito ao silêncio, contudo a própria confissão foi muito utilizada em sistemas inquisitórios como forma de condenação e se mostrou abominável pelo alto índice de penas aplicadas a inocentes que confessava, mediante tortura, serem culpados pelas infrações a eles imputadas.

O escopo do presente estudo é analisar qual valor podemos atribuir à colaboração premiada como meio de prova no processo penal. Principalmente porque o criminoso que delata os coautores e partícipes recebe prêmios do poder público. Envolvendo, deste modo, uma discussão em torno da ética, ou da falta dela nesse modelo investigativo.

Outrossim, até que ponto é válido a colaboração premiada como meio de prova na busca de punir o crime organizado? Como explicar que a entrega dos cúmplices leva a penas menos graves, não ser denunciado ou receber o

perdão judicial. Tudo isso tendo em conta que o delator praticou os mesmos crimes dos delatados e receberá uma reprimenda menor, nesse caso como fica o princípio da igualdade.

Nesta senda de ideias, advêm os defensores da delação indicando que na busca do combate ao crime organizado o Estado não necessita se preocupar com a ética, haja vista que os infratores usam todas as formas de atrocidades e suborno para cometer horrores e dilapidar o patrimônio da sociedade. Outros defendem que os governos devem agir duramente para acabar com as organizações criminosas, porque elas desagregam as nações.

De outro lado, existem os contrários a essa forma de obter a verdade processual na *persecutio criminis*, indicando contradição no vale-tudo estatal. Não se pode exigir dos cidadãos um modelo de ética e, sob qualquer pretexto, agir fora dele. A traição no direito penal é geralmente punida como circunstância agravante e não com prêmios. Ainda, não se pode estimular o egoísmo individual quando se prega uma harmonia social para uma vida de paz e concórdia em comunidade.

No evoluir do trabalho o leitor encontrará explicações e conceitos doutrinários sobre delação premiada, organização criminosa e provas que instrumentalizam os processos penais, particularmente em regimes democráticos de direito com sistema acusatório de persecução penal. Além do mais, examinará um breve histórico sobre a colaboração premiada, como um instituto antigo foi repaginado e ganhou novos contornos.

Igualmente, será analisado - em face da polêmica em torno da ética - se a delação é defensável. Do mesmo modo, o estudo pretende dissecar a normatização do tema trazida pela Lei n. 12.850/2013 com todos os seus desdobramentos para celebração de acordos de colaboração premiada entre Ministério Público e investigado, bem como a possibilidade da Autoridade Policial transacionar com o acusado.

Adiante, no trabalho, busca-se delinear as linhas com os objetivos e requisitos para acordos de colaboração, com enfoque nas tratativas ou pré-acordos, a celebração e a homologação judicial das avenças. Nesta ocasião,

examinam-se os legitimados a formalizar colaboração, os prêmios ofertados e os direitos inerentes ao delator.

Tampouco ficou de fora o estudo da delação em outras leis esparsas, tendo em vista que mesmo antes da normatização sobre organizações criminosas já estava previsto em várias normas recompensas para quem contribuísse com a investigação. Outro fator relevante também avaliado diz respeito à colaboração representar renúncia ao direito constitucional de silêncio do réu, tendo ele que assumir o compromisso de dizer a verdade.

Por fim, pretende-se comparar os acordos de leniência da Lei n. 12.846/2013 com a colaboração premiada, na medida em que o primeiro diz com o direito premial direcionado às pessoas jurídicas; enquanto o segundo estabelece regras para acordos com pessoas físicas.

2. Conceitos de organização criminosa, provas e colaboração premiada

As características do que seria organização criminosa, antes da Lei n. 12.850/2013, não eram claras. Sendo objeto de muitas discussões na doutrina que se via aflita por falta de uma especificação melhor dessa modalidade de junção de criminosos que agem até mesmo dentro de unidades prisionais, em afronta sem precedentes ao Estado de Direito. Consoante entendimento de Eugênio Pacelli:

O tema relativo às organizações criminosas sempre foi um tormento na práxis nacional, primeiro, por ausência de uma definição mais clara quanto aos diversos significados da expressão, e, segundo, pela profusão de referências legislativas a ela, sem, contudo, esclarecer-se a sua eventual tipificação (OLIVEIRA, 2014, p. 840-841).

Todavia, a Lei 12.850/2013 delineou o tema, indicando ser organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas em estruturas organizadas

e caracterizadas pela divisão de tarefas com o intuito de obter vantagens de qualquer natureza com a prática de infrações penais com penas máximas superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional ou terrorismo.

No que tange ao conceito de prova, seria ela qualquer sinal ou indício para se verificar a verdade de um fato ou asserção. No caso do direito penal é qualquer elemento que comprove a veracidade ou falsidade de uma alegação, com o objetivo de, segundo (OLIVEIRA, 2014, p. 327), “reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos”.

Ainda, pelo princípio da presunção de inocência o ônus da prova no âmbito criminal pertence ao órgão acusador, enquanto o acusado possui ampla defesa para utilizar todas as provas legalmente possíveis para refutar as imputações que lhe são dirigidas. Todavia, em delações premiadas o próprio acusado assume a culpa dos crimes e passa a produzir provas contra si e os seus cúmplices, tudo em troca de benesses ofertadas pelo poder público.

A colaboração premiada, a seu turno, é instituto processual com natureza jurídica de obtenção de prova com o intuito de dismantelar uma organização criminosa. A legislação criminal não delineia um conceito, mas a doutrina tem se debruçado sobre o tema e informa ser um contrato firmado entre Ministério Público ou Autoridade Policial e o investigado e seu defensor.

Por esta avença, o colaborador confessa a prática do crime, indica os coautores e as provas de que dispõe, bem como pode ressarcir a vantagem auferida ilicitamente por ele. Em troca pode receber como prêmios a diminuição da pena, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou mesmo o perdão judicial. Tendo sempre em mente que o acordo deve ser homologado pela autoridade judicial que é o fiador da legalidade e tem a função de coibir abusos nas delações.

Nas palavras de Damásio de Jesus:

Delação é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato). ‘Delação premiada’ configura aquela incentivada pelo

legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios (redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando etc.) (JESUS, in: Revista Jus Navegandi, Estágio atual da delação premiada no direito brasileiro).

Colaborar significa cooperar, agir com outrem em busca de um objetivo comum. Por isso, Nucci leciona que a Lei 12.850/2013 se equivoca no termo, sendo certo indicar delação premiada e não colaboração premiada, haja vista que o agente não colabora, apenas entrega os comparsas para receber um prêmio, neste sentido:

Embora a lei utilize a expressão colaboração premiada, cuida-se, na verdade, da delação premiada. O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de cooperação de investigado ou acusado, mas àquela na qual se descobrem dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração penal. Por isso, trata-se de autêntica delação, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém – vulgarmente, o dedurismo (NUCCI, 2015, p. 51).

Todavia, os termos podem ser entendidos como sinônimos devido à atecnia do legislador, que em diversas leis denomina o instituto de delação e naquela referente à organização criminosa inova indicando ser colaboração premiada.

Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva também apresenta conceito a este regramento e informa que a delação:

[...] cuida de meio de obtenção de prova [ou técnica especial de investigação], de caráter utilitarista e eficientista, formalizada, na presença de seu defensor, em acordo escrito entre o investigado (ou acusado) e o Ministério Público (conjuntamente ou não com a Autoridade Policial), [...] em que o investigado (ou acusado), uma vez ‘renunciando’ o seu direito ao silêncio, confessa sua autoria ou participação em uma, algumas ou todas as infrações penais relacionada à Organização Criminosa ou confessa ser integrante desta, e fornece voluntariamente e imotivadamente ao Estado elementos de informação (até então desconhecidos) determinantes

na obtenção em um ou mais dos resultados previsto em lei [...] (GOMES e SILVA, 2015, p. 209).

Portanto, o instituto é híbrido, ou seja, tem aspectos de direito processual para fornecimento de prova aos órgãos punitivos estatais e, em contrapartida propicia ao investigado ou acusado um ou alguns benefícios do direito material.

Contudo, não se pode emprestar valor absoluto ao depoimento do delator a ponto dele corroborar um decreto condenatório. Assim, o artigo 4º, § 16 da lei 12.850/2013 normatiza que não pode haver sentença com fundamentação exclusiva em acordo de colaboração premiada. Neste rumo, há semelhança entre os elementos colhidos no inquérito policial e a delação, ambos iniciam a busca por outras provas, mas não são suficientes a fundamentarem a sentença penal condenatória.

3. Histórico e natureza jurídica do instituto

A colaboração premiada com a roupagem que a conhecemos é nova, mas a história está repleta de traições, é célebre o caso do monarca romano Júlio César que foi assassinado por conspiração de Marco Bruto, que era seu amigo íntimo; não menos notável é o relato da traição de Judas a Jesus Cristo, implementada por meio de um beijo e com o objetivo de receber prêmio em dinheiro do Estado Romano¹, no Brasil desde as ordenações Filipinas constam episódios de delações em troca de perdão real ou minoração da reprimenda penal imposta.

Nas ordenações do reino, como àquela acima referida, contém previsão relacionada ao delito de lesa majestade, no qual poderia haver delação de coautor ao Rei, levada a efeito com o objetivo de receber o perdão real ou alguma recompensa. Neste rumo, destaca-se o teor do livro quinto t. 3, § 31, item 12 das ordenações Filipinas:

¹ Bíblia Sagrada, Mateus 26, 47-50 e 27, 4-10.

“E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum spaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho ou confederação” (Ordenações Filipinas, livro quinto).²

Ainda, há relatos de episódio de delação premiada no século XVIII em plena inconfidência ou conjuração mineira. Segundo COIMBRA e MARTUCCI: “o Coronel Joaquim Silvério dos Reis obteve o perdão de suas dívidas pela fazenda real em troca da delação de seus colegas”, na verdade traiu seus camaradas na empreitada contra o excesso de tributos exigidos pela coroa e na luta pela liberdade.

Também no regime militar instaurado em 1964, foi observada a utilização da delação premiada como forma de descobrir outros autores de supostos crimes contra o regime. Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva assim descrevem:

Podemos observar também a delação premiada dentro do golpe militar de 1964 onde ouve o uso reiterado da delação para descobrirem supostos criminosos que estavam contra o golpe militar, ou seja, não concordavam com o regime civil-militar (GOMES e SILVA, 2015, p. 213-214).

Após a abertura política, com a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988, a primeira positivação do instituto veio com a lei dos crimes hediondos, daí em diante várias normas previram a delação como forma de obtenção de provas contra os demais coautores e partícipes de crimes como: extorsão mediante sequestro, lei 9.269/96; lavagem de capitais, lei 9.613/98; tráfico ilícito de drogas, lei 11.343/2006 e várias outras previsões na legislação criminal.

Porém, a regulamentação detalhada adveio com a Lei n. 12.850/2013, que cuida de coibir os crimes perpetrados por organizações criminosas. Por ela

² Código Philippino, ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>, acesso em 15.08.2016.

foi delineado os contornos do instituto e sua utilização como elemento de informações para esteio da busca probatória no processo penal. De lado diametralmente oposto, oferta estímulos a um ou mais cúmplices que “dedar” seus companheiros da estrutura criminosa organizada.

Consoante lição de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

“O instituto da colaboração premiada, ainda que contando com denominação diversa, sempre foi objeto de análise da doutrina, tratado que é como ‘delação premiada (ou premial)’, ‘chamamento do corréu’, ‘confissão delatatória’ ou, segundo os mais críticos, ‘extorsão premiada’, etc.” (CUNHA e PINTO, 2013, p.34).

No que concerne à natureza jurídica da colaboração, ela apresenta duas formas, e com facetas bem características, haja vista que a Lei n. 12.850/2013 traz regras de direito material e de direito processual.

Quanto às normas do direito substantivo, a delação prevê causas de diminuição de pena, causa extintiva da punibilidade pelo perdão, causa de fixação de regime inicial de cumprimento de pena, causa de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito, causa de progressão de regime, mesmo sem os requisitos e causa de improcessabilidade nos casos em que o Ministério Público deixa de ofertar denúncia.

Do lado processual, a delação se apresenta como uma faculdade do *parquet*, que pode ou não entabular um contrato com o delator, ofertando um ou alguns dos benefícios previstos em troca da confissão e da entrega de seus colegas de crime.

Já o indiciado não tem direito subjetivo ao acordo de colaboração, tendo em vista que o Ministério Público não é obrigado a propor ou aceitar acordo de colaboração premiada, principalmente se ele julgar que detém arcabouço probatório suficiente para a denúncia. Sendo que, numa análise discricionária do órgão acusador, caso entenda que as declarações do delator em nada irão acrescentar à investigação ou a elucidação dos ilícitos praticados pela organização criminosa pode recusar o acordo.

Em suma, no aspecto da lei adjetiva, hodiernamente, o acordo de colaboração se mostra como um contrato avençado entre o Ministério Público ou a Autoridade Policial e o indiciado ou acusado, sempre na presença de seu defensor. Contudo, as cláusulas deste acordo devem passar pelo crivo de legalidade feita por magistrado para ter valor.

4. A colaboração premiada e a ética

Usar um criminoso como testemunha se torna algo muito arriscado, na medida em que ele não tem as mesmas regras éticas do cidadão que respeita o ordenamento jurídico do país. Também, pode ser que ele aja motivado apenas pela redução ou mitigação de sua pena, ou seja, seu objetivo é estritamente pessoal e egoísta, não sendo o que a sociedade espera do ponto de vista ético. Eduardo Bittar conceitua ética como:

éthos (grego, singular) é o hábito ou comportamento pessoal, decorrente da natureza ou das convenções sociais ou da educação; éthe (grego, plural) é o conjunto de hábitos ou comportamentos de grupos ou de uma coletividade, podendo corresponder aos próprios costumes (BITTAR, 2014, p. 27-28).

Assim, verifica-se que o entendimento sobre honestidade, retidão de caráter, credibilidade são conceitos construídos em torno dos valores sociais. Os seres humanos sempre estão defendendo um conjunto de valores que julgam corretos, por isso a questão da celeuma em torno da delação premiada, ela não representa valores nobres no corpo social.

Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva *apud* Eugênio Raul Zaffaroni asseveram que:

A impunidade de agentes encobertos e dos chamados ‘arrepentidos’ constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito: [...] o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço da

sua impunidade para 'fazer justiça', o que o direito penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria (GOMES e SILVA, 2015, p. 227).

Um delinquente que age praticando várias infrações penais em concurso com outros e que, com a intenção de receber perdão judicial ou sair ileso da reprimenda penal, delata os demais, não pode receber impunidade pelo seu crime, sob pena do descrédito total do sistema punitivo e de insegurança jurídica. Por outro lado, a informação prestada pelos decaídos pode constituir importante arma do Ministério Público na busca da justiça.

Esse dilema deve ser resolvido pelo órgão da acusação em favor da coletividade, já que o *parquet* é o seu defensor e fiador da ordem constitucional posta. Como o promotor não é obrigado a entabular acordos de delação premiada, sendo uma faculdade sua, pode muito bem verificar a eficácia das provas apresentadas pelo denunciado em desfavor dos coacusados. Conforme Stephen S. Trott:

Nesse mundo perigoso, 'caráter', 'preconceito' e 'credibilidade' não são apenas temas interessantes em um livro sobre provas – elas se tornam os elementos centrais da vitória ou da derrota no processo da acusação, do começo ao final. [...] o modo como esses temas são tratados quando eles surgem – especialmente na fase de abertura de provas – podem determinar o sucesso ou o fracasso do caso (TROTT, in Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 68-93, abr./jun. 2007).

Isso não significa o vale-tudo na busca de punir os criminosos, até mesmo porque o delator é um ser antissocial, sociopata. Se ele trai os comparsas, pode muito bem mentir ou produzir provas falsas para os órgãos públicos. Ou mesmo fazer jogo duplo, sendo infiel ao Ministério Público para informar os passos da investigação aos criminosos.

Não obstante a discussão em torno da ética, a delação é um mal necessário em busca de punir a criminalidade organizada. O Estado, com os meios ortodoxos de persecução penal, não consegue diminuir a incidência

sequer da criminalidade desorganizada; quiçá será capaz de fazer frente ao crime estruturado e hierarquizado.

5. A delação premiada é defensável? Os dois lados da discussão

5.1 Argumentos contrários

As razões invocadas por aqueles que são contrários à delação premiada como forma de investigação são várias, sendo listadas a seguir algumas desses argumentos. Sendo que a maioria deles trabalha com a contradição estatal que prega a harmonia e honestidade entre seus cidadãos, porém no combate ao crime organizado aceita a traição, fazendo dela quase uma regra, como pode ser percebido pelas inúmeras delações no caso da famosa “operação lava-jato”.

No direito penal os crimes cometidos à traição, em geral, são punidos mais severamente, tendo em vista ser mais difícil a defesa da vítima. Por isso, o legislador normatizou que este comportamento deve ser evitado na medida em que os representantes do povo brasileiro condena tal conduta, utilizando-a para agravar e não minorar as penas.

Mas, em aparente contradição, na busca por desbaratar organização criminosa o Congresso Nacional consagrou a perfídia com forma de investigação. Foi além, ofertando diminuição de penas, perdão e outros benefícios para o coautor que entregar seus comparsas. Bitencourt (2015, p.778) afirma que “virou moda falar crime organizado, organização criminosa e outras expressões semelhantes, para justificar a incompetência e a omissão dos detentores do poder”.

Neste rumo, ofertar prêmios a criminosos fere a ética da sociedade, haja vista que o Estado promete a impunidade para os delatores em detrimento dos chefes ou vários outros membros do grupo tão delinquente quanto àquele que

os dedurou. É a famigerada reprovação criminal abortada ou minorada de forma útil pelo Estado.

Este comportamento estimula o egoísmo individual de quem já é um fora da lei, normalmente contrário aos costumes sociais, que passa a agir sem pensar em mais ninguém, em defesa exclusiva de seus próprios interesses, o que não é benéfico para o regime democrático que pressupõe harmonia social e respeito às diversidades.

Para parte da doutrina a colaboração premiada viola o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública inserido no artigo 24 do Código de Processo Penal (CPP) e 129, I da Constituição Federal (CF). Por estes dispositivos, caso estejam presentes as condições da ação e havendo justa causa, ou seja, materialidade do delito e indícios suficientes de quem seja seu autor, é de rigor que o Ministério Público ofereça a respectiva ação penal.

Contudo, nos crimes de organização criminosa, um dos prêmios previstos para o delator e que o *parquet* pode deixar de ofertar a denúncia, mitigando o princípio da obrigatoriedade.

Ainda, tendo em conta os prêmios oferecidos de diminuição de pena, há quem diz ser o instituto violador do princípio da proporcionalidade, sendo que os fins nem sempre justificam os meios. Têm-se sanções penais diversas para delitos idênticos. Proporcionalidade, para Di Pietro inclui razoabilidade, que é o uso dos meios adequados em busca dos fins almejados, nos termos seguintes:

exige-se proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto (DI PIETRO, 2011, p. 81).

Tomando de empréstimo essa noção do direito administrativo, ao se aplicar sanções penais diversas a quem comete delitos idênticos e com circunstâncias parecidas, resta configurado uma desproporção no combate ao

crime, que o corpo social não consegue vislumbrar a justiça do ponto de vista da eticidade. Neste sentido Eduardo Bittar assevera que:

[...] a discussão sobre o justo e o injusto se situa no âmbito dos conceitos éticos, é possível dizer que a justiça é uma virtude, ou seja, um meio (*médium*) entre extremos opostos, ao qual os gregos chamavam de *mesotés*, ou seja, a justa medida entre algo por excesso e outro algo por carência (BITTAR, 2014, p. 247).

É neste patamar que se insere a delação premiada, o governo necessita punir os chefes das organizações criminosas, porém não tem a força suficiente para levar a efeito as leis penais com suas próprias pernas. É o excesso de crimes, sejam eles organizados ou não, por um lado; e a carência por parte da repressão, por outro lado, que justifica a colaboração premiada.

Por fim, quando o Estado faz acordo com criminoso para encontrar prova está passando um atestado de incompetência, na medida em que reconhece não possuir meios de investigar e coibir o crime organizado por conta própria.

5.2 Argumentos favoráveis

A favor da colaboração premiada ganha relevo os lucros advindos à sociedade com os acordos, por mais que se possa falar em quebra de um padrão mínimo de ética, os proveitos advindos são maiores que as perdas. Cita-se a devolução de dinheiro ao erário em organizações criminosas incrustadas no aparelho público, a prisão de líderes e o desmantelamento dessas sociedades delinquentes trazem um benefício muito grande ao país.

Outro fator preponderante para justificação deste instituto diz respeito a ele ser similar à desistência voluntária e o arrependimento eficaz, previstos no art. 15 do Código Penal (CP). Consoante MIRABETE e FABBRINI (2015, p. 150) “no arrependimento eficaz, também hipótese de inadequação típica de tentativa, após ter esgotado os meios de que dispunha para a prática do crime, o agente arrepende-se e evita que o resultado ocorra”. A delação também é semelhante à confissão e reparação do dano.

Pela desistência voluntária o agente, após iniciar a execução, desiste por conta própria de consumir o delito, sem coação moral ou física. Existe, ainda, a associação da delação premiada com o arrependimento posterior do art. 16 do Código Penal, na exegese de Cezar Roberto Bitencourt:

O arrependimento posterior constitui causa obrigatória de redução de pena, com fundamento em razões de política criminal, relacionada sobretudo a fins preventivos especiais. Possui, igualmente, a mesma natureza jurídica a colaboração espontânea do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 (associação criminosa) (BITENCOURT, 2015, p 153).

Ademais, os defensores das delações premiadas informam que: por meio de uma postura inconveniente para as pessoas de bem, que é a traição, o Estado labora para romper o silêncio mafioso, conhecido como “*omertà*”, o pacto de silêncio entre os membros de organização criminosa, em regra, são cumpridos à risca, em virtude de seu descumprimento ser punido com a morte do delator. Por isso, o poder público é obrigado a proteger os delatores do crime organizado.

Neste rumo, o caráter coeso de estruturas criminosas é rompido, fomentado a cizânia entre colegas de organização criminosa cria-se uma desconfiança que pode ser muito útil aos organismos estatais de repressão ao crime, na medida em que os infratores temerão a todo tempo serem delatados. Nas palavras de Nucci:

[...] a delação premiada é um mal necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração dos conhecedores do esquema, dispondo-se a denunciar coautores e partícipes (NUCCI, 2015, p. 54).

Hodiernamente, no estado brasileiro a defesa da delação também ocorre porque tem havido punições de pessoas que antes ficavam sem nenhum tipo de castigo. Principalmente após os famosos casos do “mensalão” e da

“operação lava-jato” surgiu vozes defendendo que o país não deve ser o fiador da ética entre meliantes.

Por isso, a evolução do crime individual para o organizado requer do poder público novas formas de investigação, sob pena de não conseguir capturar, processar, julgar e punir esses criminosos. Até mesmo porque para receber os prêmios a delação deve ser efetiva, consoante decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no HC 333.823/SP³, a delação seria a traição com bons propósitos.

Também, as organizações criminosas atuam provocando a desagregação do Estado. Opera assim quando cooptam agentes públicos, desde os mais baixos até os mais elevados na hierarquia, muitas vezes se entranhando em estruturas de todas as esferas de poder. A delação, para seus defensores, é o contragolpe, em que o Estado provoca a desarmonia no mundo do crime.

Por fim, a persecução penal não pode desprezar e jogar fora a prova advinda dos decaídos, arrependidos e dissidentes das organizações criminosas, porque se agir assim estará fomentando, ao invés de coibir, a prática de crimes por esses grupos organizados.

6. Colaboração premiada na lei 12.850/2013

Esta norma veio disciplinar o instituto que já tinha previsão desde a Lei dos Crimes Hediondos em 1990, sem o necessário esmiuçamento das formas de aplicação que ficava a cargo do magistrado. A legislação traz, agora, regras para celebração dos acordos de delação, tendo em vista ser um importante meio de obtenção de dados para investigação de organizações criminosas, tendo trazido também outras formas especiais de investigação.

³ HC 333.823/SP, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17 de novembro de 2015.

Tudo isso em busca de diminuir a ação crescente de grupos delinquentes organizados que corrói as divisas públicas, sendo que os meios tradicionais de investigação não são capazes de alcançar seus membros, principalmente os chefes do crime. São grupos que atuam em vários países ao mesmo tempo, se incrustam no poder público e usa de violência extrema para impedir que seus membros capturados pelas polícias judiciárias confessem os crimes e entreguem os demais membros do grupo.

6.1 Requisitos para os benefícios

A lei ora em estudo apresenta os requisitos para formalizar um acordo de colaboração comutativo, com obrigações e resultados para os dois lados. Assim, pelo art. 4º *caput* da Lei n. 12.850/2013, a colaboração deve ser efetiva e voluntária e tem obrigatoriedade de apresentar um ou alguns dos seguintes resultados, listados nos incisos de I a V do mesmo dispositivo legal: identificar coautores ou partícipes, apontar as demais infrações penais praticadas pelo grupo criminoso, revelar sua estrutura e organização de tarefas, prevenir o cometimento de novas infrações penais, recuperar – ainda que de forma parcial – o proveito ou produto do crime e localizar a vítima com sua integridade física preservada.

Assevera-se que não necessita obter todos os resultados para receber os prêmios estatais, sendo suficiente somente um dos resultados definidos na lei, nas palavras de Cleber Masson e Vinícius Marçal:

Para que o colaborador possa fazer jus a algum dos prêmios legais, basta o alcance de apenas um daqueles resultados. Não sendo alcançado nenhum dos resultados esperados, o acordo de colaboração restará inadimplido e, por isso mesmo, não renderá azo à incidência de prêmio (MASSON e MARÇAL, 2016, p. 169-170).

Ainda, o § 1º do art. 4º mesmo diploma legal, prescreve que a concessão do benefício depende da personalidade do colaborador, da natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. As

circunstâncias objetivas e subjetivas devem ser favoráveis ao agente, neste sentido, Gomes e Silva doutrinam que:

Ao mesmo tempo o artigo 4º, § 1ª da Lei 12.850/2013 (além de funcionar como requisito a ser observado quando da celebração do acordo) funciona como sendo um parâmetro à discricionariedade do juiz ao dosar o *quantum* de benefícios [tal como ocorre com o artigo 59 do Código Penal], melhor individualizando a pena do colaborador, levando em consideração a sua pessoa, o fato criminoso e os resultados (eficácia) advindos da colaboração (GOMES e SILVA, 2015, p. 249)

No que concerne à eficácia, decidiu o Supremo que: “os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração”⁴, isso vinculado ao adimplemento por parte do colaborador com um dos objetivos alcançados, assim ocorrendo resta somente ao poder público cumprir com a contraprestação assumida.

No plano da voluntariedade, ao homologar o acordo o juiz deve atestar que não houve coação física, psíquica ou qualquer engodo para ludibriar o delator, para isso pode ouvi-lo separadamente. Além do mais, nas fases de tratativas e do acordo, o denunciante deve sempre está acompanhado de advogado que, como conhecedor da técnica jurídica e dos direitos do agente, tem o dever de evitar qualquer forma de intimidação ou mesmo falsas promessas por membros das Polícias Judiciárias ou do Ministério Público.

Os requisitos da revelação da identidade dos demais autores dos delitos e dos crimes por eles praticados não são cumulativos. Ainda, não se pode olvidar que em organizações criminosas um membro inferior na hierarquia não conhece os chefes da bandidagem, mas tem que identificar todos que são de seu conhecimento.

Por isso, a revelação da estrutura da organização pode ser impossível em sua inteireza para aquele que atua na ponta, como exemplo tem-se a “mula” no crime de tráfico internacional de drogas, que não sabe quem é o traficante

⁴ HC 127.483/PR, Relator Ministro Dias Toffoli, Plenário, julgado em 27 de agosto de 2015.

diretor do bando, mas nem por isso ele pode se esquivar de entregar os membros que estão na órbita de sua cognoscibilidade. A prevenção de novos crimes só irá ocorrer após a ação estatal, portanto o inciso III se dará por consequência dos primeiros.

Também consta como requisitos a recuperação do produto ou do proveito das infrações penais praticadas. Como no caso da prevenção de delitos, neste momento informa MENDRONI (2015, p. 152) “uma vez mais a Lei procurou diminuir o prejuízo à sociedade, e aqui também às vítimas diretas da organização criminosa”.

O produto de crime é entendido como os bens e valores adquiridos diretamente com a prática de delitos; enquanto o proveito diz respeito ao produto indireto, ou seja, aquele que vem com a transformação ou utilização dos bens objeto dos crimes.

Por fim, a recuperação da vítima com sua integridade preservada é de rigor para se receber os prêmios legais. O dispositivo lido de forma literal não aceita que o sujeito passivo do crime sofra qualquer lesão corporal, todavia o melhor entendimento indica que, se a pessoa sacrificada estiver com vida, poderá o delator receber as benesses legais.

Portanto, o réu que contribuir efetivamente com a investigação deve ser agraciado com um ou mais benefícios trazidos pela lei de organização criminosa, a jurisprudência do STJ é nesse sentido, HC 97.509/MG⁵, “ao delator deve ser assegurada a incidência do benefício quando da sua efetiva colaboração resulta a apuração da verdade real”.

Presentes esses requisitos o réu colaborador faz jus aos benefícios pactuados com o órgão da acusação, em termos outros, é direito subjetivo do acusado que colaborou para o esclarecimento dos fatos e pelo desmantelamento da organização criminosa que o Estado cumpra sua parte no acordo de colaboração premiada.

⁵ HC 97.509/MG, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 15 de junho de 2010.

6.2 Tratativas (pré-acordo), celebração e homologação da avença

Como acontece em todos os negócios jurídicos, os acordos de colaboração premiada iniciam com tratativas que culminam numa proposta feita por qualquer parte no processo penal ou pela Autoridade Policial. Frisa-se que o juiz deve ficar fora das negociações, haja vista o princípio da imparcialidade, bem como ser ele quem irá julgar um futuro processo, já que a regra de prevenção do artigo 75, parágrafo único, do Código de Processo Penal indica que o juiz ao homologar a avença é prevento para seu julgamento.

Sendo que as autoridades devem esclarecer ao informante sobre todos os riscos que ele e sua família estão sujeitos, bem como os benefícios que advém quando se arvora a denunciar comparsas em delação premiada. Neste sentido excerto do Manual do ENCCLA⁶: “Tanto a autoridade policial quanto o Ministério Público devem cientificar o colaborador dos benefícios do instituto e dos compromissos que assume”.

Antes da homologação pelo magistrado, o colaborador deve ser orientado pelo seu defensor a não falar tudo o que sabe, para evitar a reserva mental por parte do Ministério Público. Sendo que o artigo 110 do Código Civil busca evitar esta forma desleal de contratar, ao prescrever que o pactuado e, no caso específico homologado, vale ainda que uma das partes haja feito reserva mental de não querer o que manifestou.

Todavia, o artigo 4º, § 10 da Lei 12.850/2013 prevê a retratação do acordo pelas partes. Orientando, por óbvio, que as provas que o delator produziu em seu desfavor não poderão ser utilizadas contra ele (*Nemo tenetur se detegere*). Porém, pelo silêncio da norma infere-se que nada impede que seja utilizada contra um terceiro ou pela defesa do próprio colaborador, tendo em vista o princípio da comunhão das provas.

⁶ ENCCLA – Estratégia de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, grupo criado em 2003 pelo Ministério Público Federal para combater o crime organizado.

Neste ponto, a doutrina diverge até que momento pode ser feita a retratação, uns indicam que só pode acontecer antes da assinatura do contrato pelas partes, conforme MENDONÇA (2013), “caso o acordo não se concretize ao final, deve-se desconsiderar todas as informações apresentadas pelo colaborador durante as tratativas”.

Outros doutrinam que até a homologação pode uma das partes desdizer o que acordou, neste sentido CUNHA e PINTO (2013, p. 71) lecionam que “tal retratação, porém, somente é possível antes da homologação judicial. Depois disso passa a compor o acervo probatório, não mais se admitindo que uma das partes conteste os seus termos”.

Contudo, tem doutrina defendendo que mesmo após a homologação do acordo pode alguém voltar atrás desde que antes da sentença condenatória, neste rumo, NUCCI (2015, p. 69) “essa retratação deve ocorrer depois da homologação do juiz e antes da sentença condenatória”. Essa também é a posição do STJ exarada nos autos do HC 120.454/MG⁷, em que analisou um caso de extorsão mediante sequestro com colaboração inicial, mas “o magistrado singular não pode sequer dela se utilizar para fundamentar a condenação, uma vez que o Paciente se retratou em juízo”.

O melhor entendimento mostra-se aquele que aceita a retratação até a homologação judicial, isso porque após esta fase o acordo já se encontra pronto e acabado, deste modo se alguém resolver voltar atrás não é caso de retratação, mas de inadimplemento do contrato. Neste diapasão, elucida Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva que retratação é diferente de rescisão:

A retratação é aquela que ocorre até o momento da proposta, ou seja, por algum motivo uma das partes não quis mais formalizar o acordo de colaboração premiada. Já a rescisão do acordo ocorre quando há o descumprimento de alguma cláusula pelas partes envolvidas no acordo de colaboração premiada já formalizado (GOMES e SILVA, 2015, p.317).

⁷ HC 120.454/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 23 de fevereiro de 2010.

No que concerne à celebração, a lei do crime organizado (art. 6º) apresenta as regras gerais a serem aplicadas até mesmo aos acordos previstos em outras leis penais. Assim o ajuste deve ser escrito, com relato da colaboração e seus possíveis resultados, as condições da proposta, a declaração de aceitação do colaborador e seu defensor, as assinaturas dos contraentes e a especificação das medidas de proteção ao colaborador e sua família, quando necessários.

Já a homologação é requisito de validade do contrato, que deve ser sigilosamente distribuído ao magistrado que verificará a legalidade, a validade e a constitucionalidade do acordo; também as cláusulas devem obedecer aos costumes, os princípios gerais do direito, a ordem e a moral pública.

O juiz não participa das fases iniciais do acordo, por isso na homologação não deve fazer juízo de valor acerca da extensão e eficácia da colaboração – que será objeto da sentença - consoante art. 4ª, § 11 da Lei 12.850/2013, o que ele fará é um controle das cláusulas do acordo, verificando a higidez das negociações, como também as circunstâncias e obrigações assumidas por ambas as partes no intuito de contribuir com a formação da prova em um futuro processo.

6.3 Prêmios ofertados ao delator

O silêncio imposto aos associados de uma organização criminosa, normalmente pelo uso da intimidação e da força, pode ser rompido por um acordo de colaboração premiada em que o Estado oferece recompensas aos integrantes do bando que entregar seus sócios e efetivamente colaborar com elucidação de infrações penais praticadas por estruturas criminosas organizadas.

Assim, numa ordem escalar que vai do maior para menor prêmio, a Lei n. 12.850/2013 prevê o perdão judicial, a redução em até dois terços da pena privativa de liberdade imposta, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a suspensão do prazo para oferecer denúncia por até seis

meses e a não oferta de peça acusatória pelo *parquet*. Já para delações após o trânsito em julgado, pode ser oferecida a redução da pena imposta em até metade ou progressão de regime, mesmo sem os requisitos objetivos.

Neste diapasão, ensina Vladimir Aras que:

Em função da colaboração premiada, o agente, devidamente assistido pela defesa técnica, abdica do seu direito constitucional ao silêncio, decide falar e, caso sua colaboração seja efetiva, plena e voluntária, terá sua pena reduzida (causa especial de redução de pena) ou será beneficiado por perdão judicial (causa extintiva da punibilidade) ou por acordo de imunidade (ARAS, in: A técnica de colaboração premiada⁸).

No caso do perdão judicial, não cabe ao Ministério Público assumir o compromisso, peremptoriamente, de que o coimputado irá receber essa benesse, isso porque é regra que essa causa de extinção de punibilidade pressupõe culpabilidade e será apreciada na sentença pelo magistrado, sendo que para NUCCI (2015, p. 59) “a opção deve levar em consideração o grau de cooperação do delator, pois quanto mais amplo e benéfico aos interesses do Estado, maior deve ser seu prêmio”.

O órgão da acusação pode requerer ao juiz que perdoe o réu e prometer usar os meios e recursos de que dispõe na tentativa de não ver o colaborador condenado. Caso o julgador discorde acerca de tão amplo ganho do corréu poderá aplicar a regra do artigo 28 do CPP.

No âmbito da redução da pena, salta aos olhos o fato da norma não prevê um mínimo, indicando somente o patamar máximo que é de dois terços, o que pode levar a insegurança jurídica na medida em que aquele que pretende colaborar fica com receio do Ministério Público pedir uma redução ínfima. Porém, a melhor interpretação do dispositivo é no sentido do mínimo ser de um terço, haja vista que, em diálogo de fontes com as demais leis que prevê a delação premiada, todas indicam uma variação para causa de diminuição entre um e dois terços.

⁸ Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/tag/delacao-premiada>, acesso em 07.09.2016.

O prêmio da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito vem para indicar um regime menos gravoso de cumprimento de pena do condenado que se arrependeu e delatou seus companheiros. As penas restritivas de direito estão elencadas no art. 43 do CP, com requisitos previstos no artigo seguinte do mesmo *codex*, mas MASSON e MARÇAL (2016, p. 147) lecionam que: “em razão da teleologia da Lei do Crime Organizado, pensamos que a ‘substituição premial’ por uma das modalidades do art. 43 do CP poderá ocorrer mesmo sem a observância das condicionantes do aludido art. 44”.

Ainda, o § 3º do art. 4º da Lei do Crime Organizado prevê a possibilidade de suspensão do prazo para oferecer denúncia por até seis meses, podendo ser prorrogado por igual período em razão do indiciado colaborador, sendo certo que o prazo de prescrição também fica suspenso. Tem-se um fator que beneficia a acusação, dando-lhe mais tempo para concluir as investigações; e do mesmo modo a defesa que pode trabalhar para demonstrar a efetividade e a extensão da colaboração prestada.

Ademais, o Ministério Público pode deixar de ofertar denúncia por causa da colaboração do arrependido (art. 4º, § 4º da Lei 12.805/2013), este preceito também está previsto no art. 26, item 3 da Convenção de Palermo, internalizada ao direito brasileiro pelo Decreto 5.015/2004, da forma seguinte: “Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção”.

Diante da vantagem de não ser denunciado, como fica o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o qual vincula obrigatoriamente o órgão da acusação que, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira:

significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal (OLIVEIRA, 2014, p. 126).

Claro está que esta prescrição é uma exceção ao princípio da obrigatoriedade, à semelhança da transação penal para os delitos de menor

potencial ofensivo, com a Lei n. 9.099/1995 o Estado passou a negociar com acusados por meio da composição civil e da transação penal. Porém, a Lei de Organização Criminosa, para não denunciar o agente, solicita concomitantemente a incidência das duas exigências a seguir: o colaborador não pode ser o líder da organização criminosa e deve ser o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Apenas pela leitura destes requisitos na lei em comento não fica claro se são alternativos ou cumulativos, contudo GOMES e SILVA (2015, p. 267) entendem “tratar-se de requisitos cumulativos, pois não foi empregada a partícula ou”. Outrossim, chefe do crime organizado recebe tratamento diferenciado, distanciando o direito penal do fato e colocando-o próximo ao direito penal do inimigo.

Outra regra que pode ser barganhada é direcionada para aqueles que já foram condenados, conhecida como colaboração posterior à sentença, também intitulada de tardia ou pós-processual, que promete duas prendas – redução em até metade da pena imposta e progressão de regime de cumprimento de pena ainda que sem os requisitos objetivos do art. 112 da Lei de Execução Penal (LEP) - aos condenados que indicar outros criminosos ou provas atinentes ao grupo criminoso de que um dia fez parte.

Todos esses prêmios à disposição da acusação devem colaborar para uma transação eficaz, na medida em que a sociedade quer ver todas as organizações criminosas punidas rigorosamente, e isso só irá acontecer com uma produção robusta de prova, ficando facilitada com a contribuição de alguém que até pouco tempo tinha trânsito no seio do bando criminoso.

6.4 Legitimados para formalizar o acordo

As negociações para acordo de colaboração podem ser feitas pelo Delegado de Polícia com o indiciado e seu advogado ou pelo Ministério Público com o suspeito. Salienta-se que as tratativas construídas pela Autoridade

Policial necessitam obrigatoriamente de manifestação do *parquet*, nos exatos termos do § 6º do art. 4º da Lei 12.850/2013. Neste sentido é a posição de Pacelli:

Ou bem se admite a inconstitucionalidade de tais normas, ou, se for possível aceitar a validade da atuação policial na colaboração premiada, que esteja ela condicionada à manifestação favorável do Ministério Público, caso em que o acordo, naturalmente, teria como parte legítima o *parquet* e não o delegado de polícia (OLIVEIRA, 2014, p. 855).

Por outro lado, o magistrado é parte ilegítima para figurar como órgão responsável por celebrar acordos de delação premiada. Neste ponto, a norma consagra o sistema acusatório no processo penal pátrio, sendo esse um conjunto de princípios organizados de forma a permitir um julgamento imparcial. No mais, o juiz é quem homologa e analisa a efetividade para premiar o delator. No entendimento de Fernando Capez:

O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto. Há um rígido controle judicial do acordo feito pelo Ministério Público e pelo delegado de polícia (CAPEZ, 2015, p. 275).

Assim, fica evidente o papel de cada um, o Ministério Público acusa, a defesa fica por conta do réu, conjuntamente com seu advogado e o magistrado não pode atuar por que ele não é o senhor da prova, pelo contrário, ele apenas analisa as evidências dos crimes acostadas aos autos pelas partes.

Feitas estas considerações, impende analisar acerca da polêmica sobre a constitucionalidade dos acordos formalizados pela polícia judiciária sem a participação do Ministério Público. Nos últimos anos, com a operação “lava-jato” houve indiciamento de senadora pela Polícia Federal e após, o desindiciamento pelo STF; também, ocorreu na operação “acrônimo” delação feita sem o *parquet* que foi objeto de contestação pelo órgão da acusação.

Neste rumo, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, protocolou no STF ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5.508/DF) questionando os §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei de Organizações Criminosas que preveem acordo

de delação premiada feito por autoridade policial. Acentua-se que o Ministro Relator indeferiu o pedido cautelar sob o fundamento de que a norma já se encontra em vigor a alguns anos e que é medida de racionalidade aguardar o julgamento definitivo, que até a data atual não ocorreu.

Os principais argumentos adotados por Janot na peça inicial indicam a contrariedade ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), na medida em que o Delegado não é parte em um futuro processo e, por isso, não pode transacionar com a outra parte; também alega ferir o sistema acusatório, pois o titular exclusivo da ação penal é o Ministério Público; por fim, descreve que os dispositivos atacados vão de encontro ao princípio da moralidade (CF, art. 37 caput), nos termos da petição inicial da ADI 5.508/DF⁹: “o intérprete e aplicador do direito deve fazer as leis e demais normas infraconstitucionais adaptarem-se ao ordenamento constitucional, não estes àquelas”. Ante o exposto, conclui-se que a polícia é órgão do poder executivo e deve atuar na repressão de ações ilegais e não como parte em processo judicial.

Nesta senda, já decidiu o STJ (HC 35.484/MG)¹⁰ em tema de inquérito policial que “a competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas. Inteligência do art. 4º, parágrafo único do Código de Processo Penal”. Resta saber se o inverso também é verdadeiro, ou seja, na busca da verdade real as diligências preliminares a cargo do Ministério Público exclui outras autoridades administrativas.

Nada obstante as ilustres posições em contrário, no rigor técnico do sistema *civil Law*, em que vigora o império da lei, regra alguma impede que o Delegado faça acordo de colaboração premiada, pelo contrário, a lei lhe faculta essa prática. Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto doutrinam que:

O legislador, é verdade, não agiu com maior precisão técnica no emprego do vocábulo ‘partes’ pois, a rigor, o delegado de polícia não se constitui exatamente em uma ‘parte’, se assim considerarmos

⁹ ADI 5508/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, petição inicial disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=10843941&tipo=TP&descricao=ADI%2F5508>, acesso em 10.09.2016.

¹⁰ HC 35.484/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 18.08.2005.

aqueles que atuam no processo penal propriamente dito, na defesa parcial de seus interesses (CUNHA e PINTO, 2013, p. 66).

Obviamente que a celeuma trata-se, na verdade, de uma disputa acirrada pelo protagonismo da persecução penal entre Ministério Público e polícias judiciárias, em termos outros, é uma competição por poder, que acaba tendo como fundamental prejudicado a sociedade, que clama por justiça.

Em argumento estritamente jurídico, o Delegado atua na fase pré-processual e, quando a lei fala em “partes” é apenas uma falta de técnica do legislador. A agilidade típica dos inquéritos demonstra que a autoridade policial está mais próxima dos fatos e, portanto, é a mais indicada para tratativas iniciais de delação premiada. O melhor seria uma atuação conjunta do *parquet* e do Delegado para formação convincente de elementos de prova na fase inicial do combate ao crime organizado.

6.5 Direitos do colaborador

Os direitos do colaborador encontram-se estampados no artigo 5º da Lei de Organizações Criminosas. Todos eles tendentes a proteção da integridade física do delator e de seus familiares, uma vez que para o crime organizado entregar comparsas é quase que assinar uma sentença de morte, pois a ética criminosa não aceita o denominado alcaguete.

O dispositivo inicia com a possibilidade de usufruir as medidas de proteção prevista na legislação específica. Essa norma é a Lei n. 9.807/1999, que cuida da proteção ofertada às vítimas e testemunhas ameaçadas. O delator não é vítima, tampouco é tecnicamente uma testemunha, porque também foi coautor dos delitos, mas será beneficiado *ex vi lege* por ter decidido colaborar com o desmantelamento da organização criminosa.

Porém, a colaboração deve ser efetiva pelo menos para formação da *opinio delicti* do Ministério Público, haja vista que a colaboração que não leve a pelo menos uma denúncia não deve prosperar. Esse é o entendimento do STF,

cujas partes da ementa se transcrevem: “necessidade de denúncia para possibilitar o cumprimento dos termos da Lei n. 9.807/99 e do acordo de colaboração firmado pelo Ministério Público com os acusados” (AP 470/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa)¹¹.

Os colaboradores fazem jus a ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservadas; ser conduzido em juízo separadamente dos demais coautores e partícipes; participar das audiências sem contato visual com outros acusados; não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado sem sua autorização por escrito. Este último direito, caso seja desobedecido, tipifica o crime do art. 18 da Lei 12.850/2013, com pena de reclusão de 1 a 3 anos e multa.

Estes direitos contornam o instituto da delação de forma a se interpretar que ela é sigilosa, pelo menos até o recebimento da denúncia, conforme art. 7º, § 3º da Lei n. 12.850/2013. O STJ decidiu no HC 341.790/PR¹² que a “eventual falta de acesso à fase preliminar de um acordo não tem o condão de anular o processo por cerceamento de defesa”. Sendo que o direito ao contraditório será diferido, em virtude de que:

A partir do momento que o direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem (STF: HC 99.736/DF, RELATOR MINISTRO AYRES BRITTO)¹³.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada pelo Brasil através do Decreto 678/1992, prevê em seu artigo 8, n. 2, “f” o direito ao confronto, sendo essa faculdade que o réu tem de confrontar a testemunha em audiência; contudo essa regra não se aplica em caso de delação premiada

¹¹ Ação Penal n. 470/MG, terceira questão de ordem, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 23.10.2008.

¹² HC 341.790/PR, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 26.04.2016.

¹³ HC 99.736/DF, Relator Ministro Ayres Britto, Primeira Turma, julgado em 27.04.2010.

tendo em vista que, não existe direito absoluto, por isso o confronto sede lugar ao direito à vida, integridade física e liberdade de declarar do delator. Nas palavras de Márcio Alberto Gomes Silva:

O Estado deve cuidar para que a identidade do colaborador não seja conhecida (inclusive pelos demais corréus). Quando oitivado, seja na condição de testemunha (caso em face dele não seja oferecida denúncia), seja na condição de réu, a audiência deve ser acompanhada apenas pelos advogados dos demais corréus (de forma a impossibilitar que o colaborador seja reconhecido pelos seus outrora comparsas) (SILVA, 2014, p. 30-31).

Ainda, exsurge como direito do condenado delator o de cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados. Essa regra mostra-se mais uma medida de rigor, tendo em conta que a identidade do delator normalmente é revelada ao se juntar seu termo de depoimento após o recebimento da denúncia, assim caso ele venha a ser condenado deverá cumprir pena em estabelecimento distinto dos demais presos, sob pena do Estado não conseguir assegurar seu direito à vida, pois certamente a organização criminosa irá matá-lo na prisão.

Esses direitos acima elencados são parte do arcabouço jurídico protetivo para quem deseja fazer colaboração premiada que, juntamente com os prêmios ofertados, podem influir para que um delinquente faça transação penal com os órgãos estatais de combate ao crime organizado. Obviamente, no Brasil a proteção é falha e o criminoso que se aventurar a trair seus companheiros corre sérios riscos de ter sua vida ceifada pelos demais criminosos do bando organizado.

7. A colaboração pressupõe renunciar o direito ao silêncio e confessar os crimes praticados no seio da organização criminosa

A regra do silêncio é tratada pelo texto constitucional como direito individual de qualquer cidadão e, como tal, faz parte do núcleo imodificável, por se tratar de cláusula pétrea. Está estampado no art. 5º, LXIII da CF, *in verbis*: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. O CPP também repete esta norma no art. 188, sendo obrigatório ao juiz informar esse direito ao interrogado.

Também faz parte de vários tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, o principal deles é o Pacto de São José da Costa Rica, que em seu art. 8, 2, “g” prescreve ser direito de toda pessoa acusada de crime “não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”, conhecido no meio jurídico pela parêmia latina *nemo tenetur se detegere*. Isso tudo porque o ônus da prova é da acusação, haja vista que milita em favor de todos os nacionais o princípio da presunção de inocência. Conforme Rogério Sanches e Ronaldo Batista *apud* Antônio Magalhães Gomes:

O direito à não-auto-incriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional (CUNHA e PINTO, 2013, p. 76).

Ocorre que a Lei de Organizações Criminosas no § 14 do art. 4º legislou que “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”. A maioria da doutrina entende que este dispositivo é inconstitucional, porém há quem pensa de modo diferente.

Pela tese de contrariedade à constituição advêm argumentos de que o acusado pode mentir, em razão de não existir o delito de perjúrio no Brasil. Indicam ainda que os direitos fundamentais são relativos, podendo o réu abrir mão deles, confessando o crime, todavia não pode o legislador impor essa relatividade. Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar a confissão:

É a admissão por parte do suposto autor da infração, de fatos que lhe são atribuídos e que lhe são desfavoráveis [...] confessar é reconhecer a autoria da imputação ou dos fatos objeto da investigação preliminar por aquele que está no polo passivo da persecução penal (TÁVORA e ALENCA, 2014, p. 565).

Ademais, o colaborador não é testemunha, pelo contrario, é coautor do crime. E mesmo quando o prêmio for a não oferta de denúncia pelo Ministério Público, caso em que ele figura como testigo, não estará obrigado à assunção de um fato em seu desfavor, conforme jurisprudência do STF, no Inquérito 3.983/DF¹⁴, “[...] a garantia contra a autoincriminação se estende às testemunhas, no tocante às indagações cujas respostas possam, de alguma forma, causar-lhe prejuízo”.

Não dá para obrigar o réu a fazer prova contra si mesmo, caso ele minta não tipifica o art. 342 do CP porque ele não é testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete. Soa absurdo o delator assumir duas posições no processo, ser acusado e testemunha ao mesmo tempo, no magistério de Afrânio da Silva Jardim se:

Por exemplo: o réu opta para, em juízo, ficar em silêncio ou mentir sobre a atuação dos outros membros da organização criminosa. Neste caso, perderá direito ao ‘prêmio’ avençado e a prova produzida será valorada livremente pelo magistrado, sendo tudo decidido na sentença final, impugnável pelo recurso de apelação (JARDIM, in: O Poder Judiciário não deve ser refém dos acordos de delação premiada do MP, 2015).

Por outro lado, a quem defenda a constitucionalidade, principalmente porque é ilógico querer colaborar e invocar, ao mesmo tempo, o direito ao silêncio; outro fator contributivo para a legalidade do afastamento desse direito é a relatividade dos direitos fundamentais e que o denunciado transmuda-se em testemunha quando se propõe a colaborar para receber prêmios, por isso deve falar a verdade.

¹⁴ Inquérito n. 3.983/DF, Relator Ministro Teori Zavascki, plenário, julgado em 03.03.2016.

A melhor exegese chega à conclusão de que o § 14 do art. 4º da Lei 12.850/2013, supratranscrito, mostra-se flagrantemente inconstitucional e deve ser abolido da ordem jurídica nacional. O direito fundamental ao silêncio não pode ser afastado por qualquer acordo de delação premiada, pois este tem natureza de contrato e soa com cláusula exorbitante a renúncia a tal direito, devendo ocorrer em caso de silêncio ou mentira, apenas a quebra da avença, sendo que os prêmios ofertados serão objeto de análise da sentença com as provas até então produzidas, devendo ser encarado a omissão do réu na elucidação dos fatos ou pessoas da organização criminosa como descumprimento do ajuste.

8. Delação premiada em outras leis penais

Antes do advento da Lei de Organização Criminosa a figura da delação premiada estava prevista em várias leis penais esparsas, representando sempre causa de diminuição de pena para aquele que traísse seus sócios na empreitada criminosa. Estas normas continuam em vigor, haja vista que a lei 12.850/2013 é especial, ou seja, aplica-se aos delitos de organização criminosa, aos crimes transnacionais e a prática de terrorismo.

Após a Constituição de 1988 várias normas legais passaram a prever a transação penal e barganha na busca de elucidar crimes, exemplo disso é a Lei de Crimes Hediondos de 1990 quando estabeleceu em seu art. 8º, parágrafo único, uma causa especial de diminuição de pena para o delito de quadrilha ou bando. Sendo necessário que o depoimento tivesse fundamento para dismantelar o bando, de acordo com TÁVORA e ALENCA (2014, p. 570) “havendo a eficácia da colaboração [...] a redução da pena é obrigatória, e está restrita ao crime de quadrilha ou bando (art. 288, CP)”.

Salienta-se que a Lei n. 12.850/2013 modificou a figura típica do art. 288 do CP, basicamente mudou o *nomem juris* do delito para associação criminosa e diminuiu a quantidade de membros para sua configuração. Para Fernando Capez:

Essas modificações não têm o condão de impedir a tutela penal específica desse crime contra a paz pública, prevista no art. 288 do CP, com as especificidades sancionatórias expressas no art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos (CAPEZ, 2015, p. 257).

Portanto o partícipe que delatar os comparsas poderá receber diminuição da pena de um a dois terços, condicionada a eficácia da denúncia para o desmantelamento da associação criminosa.

Também o crime de extorsão mediante sequestro do art. 159 do CP, com a modificação introduzida pela Lei n. 9.269/1996, prevê redução de 1/3 a 2/3 para o coautor que denunciar os demais, quando o crime for levado adiante em concurso de pessoas, essa delação está condicionada a eficácia, ou seja, tem que levar à libertação do sequestrado, caso contrário o denunciante pode ser apenas beneficiário da atenuante genérica do art. 66 do CP, consubstanciada na circunstância relevante não prevista em lei, a ser fundamentada pelo magistrado na sentença.

Igualmente, a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807/1999) traz previsão em seus arts. 13 e 14 de colaboração premiada. Verifica-se que o legislador incluiu estas previsões sem ter relação alguma com proteção a vítimas ou testemunhas, sem o rigor técnico necessário para se moldar um instituto de tamanha repercussão.

Desta forma, o réu que colaborar de forma efetiva e voluntária, sendo primário, e da colaboração resultar a identificação de coautores e partícipes no concurso para infração, a localização da vítima com sua integridade física preservada e a recuperação do produto do crime pode receber o perdão judicial. Porém essa forma de extinção da punibilidade ainda levará em conta a personalidade do beneficiado, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso.

Mesmo não sendo primário, o delator poderá ser agraciado com a redução de pena de um a dois terços. Todas essas benesses podem advir após requerimento das partes ou de ofício pelo magistrado, mas o mais importante a lei não tratou: quais os crimes podem ser incluídos nesta hipótese de delação, porque crimes de menor gravidade não cabe, por exemplo, o

perdão judicial, por ser desproporcional. Marcelo Mendroni explica essa situação da seguinte forma:

O que não se pode conceber é a utilização da aplicação do benefício a casos de prática de crimes de baixa ou média potencialidade ofensiva, pois nada justifica a desproporção entre o alto grau do benefício concedido e a pequena equivalência de retorno para a administração da justiça (MENDRONI, 2015, p. 137).

Salienta-se, ademais, que os benefícios são aplicados somente para aqueles que colaboraram efetivamente, não se estendendo aos demais partícipes da empreitada criminosa, assim decidiu o STJ no REsp 418.341/AC¹⁵, que “a minorante da denominada delação premiada, por ser circunstância, e não elementar, é incomunicável e incabível a sua aplicação automática, por extensão, no caso de concurso de pessoas”.

Outrossim, há possibilidade de delação na lei de lavagem de capitais (Lei. 9.613/1998) que em seu art. 1º, § 5º, com a redação dada pela Lei n. 12.683/2012, delinea os prêmios possíveis: redução de um a dois terços da pena, cumprimento em regime aberto ou semiaberto, o perdão judicial, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Porém, esta norma exige a espontaneidade e não apenas a voluntariedade; explica-se que deve partir do próprio agente a ideia da colaboração. Para CAPEZ (2015, p. 578) essa delação: “pode ser realizada tanto na fase de inquérito policial quanto na fase processual, desde que até a sentença, pois é nesse momento que o delator será contemplado com o prêmio”.

Há também previsão de redução de pena de um a dois terços por delação na Lei. 11.343/2006 (lei de tóxicos), em seu art. 41 e na Lei. 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo) no art. 16, parágrafo único. Sem maiores explicações de como seria aplicado o instituto pelo juiz na sentença.

Não obstante essa imprecisão, a jurisprudência vem acobertando outros prêmios com base na lei 9.807/1999 e após 2013 na lei 12.850, desde que

¹⁵ RESP 418.341/AC, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 08.04.2003.

preenchidos seus requisitos. Assim, o STJ julgando o REsp 1.538.372/CE¹⁶ em caso de tráfico internacional de drogas decidiu que era “incabível, *in casu*, o instituto do perdão judicial porque não preenchidos os requisitos exigidos pela norma de regência, qual seja, o art. 13 da Lei. 9.807/1999”.

Todas essas previsões legais, *mutatis mutandis*, contribuíram para a formação do instituto da colaboração premiada da Lei do Crime Organizado. Contudo, verifica-se no sistema brasileiro a legislação feita às pressas, em que o mesmo instituto jurídico tem várias acepções e muitas leis para dele tratar.

Pelo exposto, nos casos comentados neste tópico, não necessita de acordo formal entre o criminoso e a autoridade - seja policial, ministerial ou judicial – bastando apenas uma delação eficaz, que o juiz deve verificar na sentença para valorar a mitigação da reprimenda legal.

9. Paralelo entre a colaboração premiada e os acordos de leniência da Lei n. 12.846/2013

A norma acima epigrafada é denominada de lei anticorrupção, ela cuida da responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos de corrupção contra a administração pública brasileira ou estrangeira. Traz como punições a aplicação de multa, que pode variar de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior à instauração do processo administrativo e a publicação extraordinária da decisão condenatória.

No âmbito civil as punições previstas são: perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito, direta ou indiretamente obtidos com a infração; suspensão ou interdição parcial de suas atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 e máximo de 5 anos. Essas sanções dependem de ajuizamento

¹⁶ REsp 1.538.372/CE, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Julgado em 07.06.2016.

de ação judicial pelo ente lesado, por meio das advocacias públicas ou, em qualquer caso, pelo Ministério Público.

O que interessa ao presente estudo é a previsão de um acordo de leniência adotando prêmios às pessoas jurídicas que colaborarem efetivamente com as provas do processo administrativo de punição dos demais partícipes dos atos de corrupção. Para Thiago Marrara, acordo de leniência:

Designa um ajuste entre certo ente estatal e um infrator confesso pelo qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca da suavização da punição ou mesmo de sua extinção. Trata-se de instrumento negocial com obrigações recíprocas entre uma entidade pública e um particular, o qual assume os riscos e as contas de confessar uma infração e colaborar com o Estado no exercício de suas funções repressivas (MARRARA, 2015, in: Revista Digital de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo).

Portanto, é muito semelhante ao acordo de colaboração premiada exaustivamente tratado neste trabalho, com a diferença que a delação é para o direito penal e pessoas naturais, já a leniência traz previsão para formação de prova com o objetivo de instruir processo administrativo e só se aplica para pessoas jurídicas. São instrumentos que buscam um diálogo entre os órgãos punitivos e os infratores.

O art. 16 da Lei n. 12.846/2013 traça os requisitos dos acordos de leniência, são feitos pela autoridade máxima do órgão público lesado, pela Controladoria Geral da União ou pelo Ministério Público com a pessoa jurídica que participou do artifício resultante na corrupção. Como resultados, exige-se a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e provas do ilícito. Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva lecionam que:

A lei anticorrupção não traz qualquer reflexo no âmbito penal, e justamente por isso não se exige a obrigatória participação do Ministério Público na celebração do acordo de leniência. Claro que sua participação seria conveniente, mas não há imposição legal compulsória (GOMES e SILVA, 2015, p. 370).

Ainda, a lei anticorrupção criou a possibilidade de acordos de leniência nos ilícitos praticados no âmbito das licitações, sem maiores explicações e rigor técnico de como seria estes contratos. Ademais, tem-se como requisitos para a celebração das avenças, em casos de corrupção, que a pessoa jurídica seja a primeira a colaborar, com isso há vedação dos acordos de leniência múltiplos; também o ente moral deve cessar com a prática ilícita contra a administração, bem como confessar sua participação e cooperar de forma efetiva com o procedimento apuratório do ilícito administrativo ou civil.

Feito isso, poderá ser isenta da sanção de proibição de publicação extraordinária da sentença condenatória ou ter reduzida em até dois terços a multa aplicada. No âmbito civil, como depende de processo e decisão judicial a única previsão é a suspensão da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgão ou entidades públicas.

O que a lei trouxe foi mais um meio para se chegar a infratores das normas jurídicas. É o Estado tendo que recorrer a acordos com delinquentes para que possa empreender alguma punição, ainda que a custa de perdão para algumas violações legais. É um meio utilitarista pelo qual o poder público confessa a sua incompetência e busca negociar para construir a prova no processo administrativo.

Os criminosos estão cada vez mais aparelhados, com tecnologia e sofisticação que o Estado não conseguiu acompanhar, por isso se volta a transigir com infratores em acordos de colaboração premiada e de leniência, agindo de modo contraditório para instruir processos penais ou administrativos. Para Marrara:

Em face da nova realidade, muitos Estados se viram jogados frente a um dilema: negociar e punir com base em processos fortemente instruídos ou não negociar e aceitar um crescimento da impunidade resultante da fraqueza probatória de processos acusatórios baseadas em técnicas tradicionais de instrução (MARRARA, 2015, in: Revista Digital de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo).

Ocorre que condutas que geram corrupção são praticadas por pessoas jurídicas tendo por traz pessoas físicas, na administração da entidade jurídica, como os acordos de leniência não abrangem a esfera penal eles são insuficientes para coibir tais condutas, assim, normalmente são aplicados para casos em que já houve um acordo de colaboração premiada pela pessoa física na seara criminal. Assim, o mesmo delito pode gerar benefícios em mais de um processo.

Ante o exposto, depreende-se que o Estado antes agia sozinho, dialogando apenas consigo, na busca de indícios e provas, numa tentativa verticalizada de punir os infratores das regras sociais; hoje age de forma diversa, contrata e faz pactos com criminosos para punir crimes e infrações administrativas sofisticados, que os métodos tradicionais da construção probatória se mostram impossível chegar aos culpados de tais transgressões.

10. Conclusão

Para inibir a ação de grupos organizados o legislador normatizou formas especiais de investigação tais como: colaboração premiada, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, ação controlada, infiltração de agentes, cooperação entre órgãos nacionais, estaduais e municipais. Tudo isso em complemento aos métodos tradicionais de interceptação telefônica e telemática, bem como do afastamento do sigilo bancário, financeiro e fiscal.

O presente estudo traçou como objetivo analisar apenas a colaboração premiada e sua contribuição na formação da prova no processo penal. Instituto a pouco formatado pela Lei n. 12.850/2013 no intuito de coibir os delitos praticados por estruturas criminosas organizadas que se mostram similares a qualquer empresa constituída para fins lícitos.

A delação é mais uma forma de colheita de elementos de informação para delinear a convicção do Ministério Público acerca da materialidade e da autoria

de crimes, ou seja, não são provas, mas constituem indícios capazes de iniciar a *persecutio criminis*. Conforme noticiado diariamente em todos os meios de comunicação, tal prática popularizou no meio jurídico, seja pelo número cada vez maior de condenações, seja porque passou a atingir pessoas influentes do meio empresarial e político, que antes ficavam em pune, v.g., as condenações do caso “mensalão”, da “operação lava-jato”, e o processo da denominada “operação acrônimo”, dentre outros.

Os delinquentes que atuavam na estrutura do Estado se viram acuados com a novel forma de investigação, que põe de lados opostos aqueles que outrora estavam do mesmo lado. Frisa-se que as colaborações não são remédios para todos os males, é necessário entender de modo peremptório que ela deve ser confirmada por documentos ou outras provas reunidas durante o curso do processo em contraditório judicial.

Tal instituto veio com atenção voltada ao combate de organizações criminosas, definida como a junção de quatro ou mais indivíduos para o cometimento de crimes, tendo em conta que provas são documentos ou testemunhos lícitos e moralmente aceitos para indicar como verdadeira uma afirmação feita em juízo; verificou-se que o Estado brasileiro já se vale do auxílio dos arrependidos para elucidar crimes a vários anos, seja por meio da confissão ou, a partir da década de 1990, com a inserção da delação premiada em muitos dispositivos legais.

Inobstante a controvérsia em torno da ética, para os representantes do povo e para os órgãos de persecução penal, quem se arrepende e volta atrás deve receber benefícios, haja vista que evita a prática de novas infrações penais ou contribui para dismantelar um grupo criminoso.

A Lei n. 12.850/2013 sistematizou a delação premiada de forma que seus dispositivos processuais podem ser usados em qualquer colaboração prevista em outras leis criminais. Todavia, com relação aos prêmios e regras de direito material vigora as especificidades de cada norma.

Os acordos de colaboração premiada podem ser costurados entre o Ministério Público e o indiciado e seu defensor, a autoridade policial também

tem legitimidade para participar das negociações. Porém, o magistrado deve ficar de fora deste contrato, para manter a sua imparcialidade, tendo como incumbência verificar a conformidade da avença com a lei, os costumes e os princípios gerais de direito somente quando de sua homologação.

Assim, a colaboração que se mostrar eficaz pode render ao denunciante o perdão judicial, a redução de pena ou substituição por restritiva de direitos ou mesmo a não oferta de denúncia pelo *parquet*, numa mitigação ao princípio da obrigatoriedade. Também existe a possibilidade ser ofertado ao dedo-duro os programas governamentais de proteção às vítimas e testemunhas da Lei n. 9.807/1999, isso porque as organizações criminosas costumam matar os traidores do grupo.

De outra banda, assusta em delações premiadas a previsão de renúncia ao direito de ficar em silêncio, sendo que a Lei de Organizações Criminosas tem previsão expressa desta prática e ela normalmente é colocada em uma cláusula do contrato firmado entre as partes. É gritante a inconstitucionalidade desta regra porque o direito fundamental em tela é cláusula pétrea e não pode ser excluído ou diminuído por lei ordinária, sendo um direito que pode sofrer abstenção, a exemplo dos casos de confissão, porém a critério do réu e nunca por obrigação legal.

Ademais, as delações são direcionadas ao direito penal, portanto são transações feitas pelo Estado na seara de seu monopólio do *jus puniendi*. Salienta-se que a repressão de práticas ilegais não se limita à órbita criminal que se traduz na última razão do ordenamento jurídico, sendo o galho da frondosa árvore do direito aplicado subsidiariamente aos demais e protegendo os bens jurídicos mais caros ao corpo social.

Neste rumo e no bojo dos delitos de corrupção, que no Brasil parece praga impossível de ser exterminada, foi sancionada e promulgada a Lei n. 12.846/2013 trazendo sanções administrativas e civis para pessoas jurídicas. Essa norma previu acordos de leniência para os entes morais que se arrependerem dos ilícitos perpetrados e voltarem atrás, delatando os demais partícipes da empreitada ilegal. Sendo essa leniência a transação ou mitigação do direito de punir na esfera administrativa e civil, em troca do alcance de

outros infratores, daí ser ela similar ao acordo de colaboração premiada, efetivado pela pessoa física na circunscrição penal.

Em solução objetiva a indagação inicial do presente estudo, sobre o real valor probatório da colaboração premiada, tem-se que ela, isoladamente, não é capaz de fundamentar um decreto condenatório. Portanto, não é prova no sentido irrefutável de levar um cidadão ao cárcere somente com as declarações do delator. Todavia, é elemento de informação poderoso com valor igual àqueles colhidos no inquérito policial, principalmente por ser fornecido por alguém que conhece a dinâmica do grupo criminoso, podendo ser estepe de uma denúncia e do início da busca pela punição.

11. Referências bibliográficas

ARAS, Vladimir. **A técnica de Colaboração premiada**. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>, acesso em 07.09.2016.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Ética Jurídica**: ética geral e profissional. 11ª edição, editora Saraiva, São Paulo, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 9ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial (vol. 4)**. 10ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2015.

COIMBRA, Mário e MARTUCCI, Mariana Volpi. **Delação premiada no direito brasileiro**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/2418/1942>. Acesso em 10 de agosto 2016.

CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei nº 12.850/2013**. Editora: JusPodivm, Salvador, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª edição, Editora Atlas S. A., São Paulo, 2011.

BRASIL. Ministério Público Federal. ENCCLA – Escola Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de dinheiro. **Manual Colaboração Premiada**. 2014. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners->

<1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>, acesso em 06.09.2016.

GOMES, Luis Flávio e SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação**. Editora: JusPodivm, Salvador, 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. **Poder judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP**. Consultor Jurídico, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-18/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-cordos-delacao-premiada>; acesso em 15.09.2016.

JESUS, Damásio E. de. **Estágio atual da “delação premiada” no direito brasileiro**. Revista Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7551/estagio-atual-da-delacao-premiada-no-direito-penal-brasileiro>, acesso em: 27.08.2016.

MARRARA, Thiago. **Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes**. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015, Universidade de São Paulo. Disponível em: www.revistas.usp.br/rdda/article/download/99195/98582, Acesso em 19.09.2016.

MASSON, Cleber e MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 2ª edição, Editora: Método, São Paulo, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **A colaboração Premiada e a Nova Lei do Crime Organizado**. In: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, ISSN 2177-0921, vol. 4, 2013, disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>, acesso em 05.09.16.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 5ª edição, Editora: Atlas S.A., São Paulo, 2015.

MIRABETE, Julio Fabrbrini e FABBRINI, Renato N.. **Manual de Direito Penal**. 31ª edição, editora: Atlas S.A., São Paulo, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2ª edição, Editora: Forense, Rio de Janeiro, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª edição, editora: Atlas S.A., São Paulo, 2014.

SILVA, Márcio Alberto Gome. **Organizações Criminosas: uma análise jurídica e pragmática da Lei 12.850/13**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2014.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9ª edição, Editora JusPodivm, Salvador/BA, 2014.

TROT, Stephen S.. **O uso de um criminoso como testemunha**: um problema especial. Tradução: Sérgio Fernando Moro, em Revista CEJ, Brasília, Ano XI, p. 68-93, abr./jun. 2007. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/879/1061>, acesso em: 01.09.2016.